

A VALIDADE DA NORMA JURÍDICA E A DEMOCRACIA PARA Kelsen, Bobbio e Ferrajoli: Uma crítica à concepção puramente formal

THE LAW'S VALIDITY AND DEMOCRACY FOR Kelsen, Bobbio and Ferrajoli: A criticism about the purely formal conception

Daniela Ruschel Malvasio ¹

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a crítica feita por Luigi Ferrajoli à concepção puramente formal da validade da norma jurídica e da democracia. De um lado, a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen e as teorias da avaliação da ciência jurídica e das “regras do jogo” da democracia de Norberto Bobbio, que preconizam que a validade da norma jurídica e a democracia possuem um conteúdo estritamente formal. De outro, a teoria do constitucionalismo de Luigi Ferrajoli, que acrescenta a validade material à validade formal da lei e a dimensão substancial à dimensão formal da democracia, criando um novo paradigma do Direito. A partir desta análise, será possível concluir se a teoria do constitucionalismo de Luigi Ferrajoli supera a teoria formal de Hans Kelsen e de Norberto Bobbio ou se existe uma convergência e até mesmo uma complementação das teorias, no que se refere à compreensão da validade da norma jurídica e da democracia.

Palavras-chave: Democracia; teoria da avaliação; teoria do constitucionalismo; teoria pura do direito; validade da norma.

ABSTRACT: This article intends to analyze the criticism made by Luigi Ferrajoli to the purely formal conception of the law's validity and democracy. On the one hand, the Pure Theory of Law from Hans Kelsen and the theories of the non-value of the law system and of the “game's rules” of democracy from Norberto Bobbio, that says law's validity and democracy have a strictly formal content. On the other, constitutionalism theory of Luigi Ferrajoli, which adds substantive validity to the formal validity of the law and the substantial dimension to the formal dimension of democracy, creating a new paradigm of Law. From this analysis, it will be possible to conclude whether Luigi Ferrajoli's theory of constitutionalism overcomes the formal theory of Hans Kelsen and Norberto Bobbio, or whether there is a convergence and even a complementation of theories, regarding to understand the law's validity and democracy.

Keywords: Democracy; non-value theory of law; constitutionalism theory; pure theory of law; law's validity.

¹ Mestre em Direito pela Faculdade Meridional (IMED/RS). Delegada de Polícia na Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul/Brasil.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto a análise da crítica feita por Luigi Ferrajoli em relação à concepção puramente formal da validade da norma jurídica e da democracia na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen e nas teorias da avaliação e das “regras do jogo” de Norberto Bobbio.

Nesse momento, cumpre esclarecer que os conceitos de validade da norma e de democracia podem indicar um conteúdo formal, material ou ambos, o que será demonstrado com a investigação das teorias que explicam essas possibilidades. A teoria garantista de Ferrajoli traz uma dimensão substancial a esses institutos, em contraposição à dimensão unicamente formal das teorias dos outros dois autores referidos.

O tema da validade da norma jurídica e a democracia é relevante dentro do Direito, porquanto a compreensão desses conceitos é fundamental para determinar os demais conceitos da ciência jurídica, bem como para entender o paradigma jurídico de uma época.

Este artigo tem como objetivo demonstrar a importância da discussão acerca dos institutos da validade da norma jurídica e da democracia no Direito, bem como determinar o conceito de validade da norma jurídica na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen; identificar a contribuição de Norberto Bobbio para os institutos da validade da norma e da democracia na Teoria Pura, a partir de suas teorias avaliativa e democrática das “regras do jogo”; analisar a teoria garantista de Luigi Ferrajoli, e verificar como a dimensão substancial do constitucionalismo se contrapõe à concepção puramente formal kelseniana e bobbiana.

Ao realizarmos essa tarefa, será possível concluir se a teoria do constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli supera a teoria formal de Hans Kelsen e de Norberto Bobbio ou se existe uma convergência e até mesmo uma complementação das teorias, no que se refere à compreensão da validade da norma jurídica e da democracia.

2 A VALIDADE DA NORMA JURÍDICA E A DEMOCRACIA NA TEORIA PURA DE HANS KELSEN

A Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen (1998) apresenta-se como uma teoria geral de Direito e uma teoria do Direito positivo. Seu princípio metodológico fundamental é afastar a ciência jurídica de tudo que não seja seu objeto, que não seja determinado como Direito, com o intuito de responder o que é e como é o Direito.

Para o autor, o Direito “é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano” (KELSEN, 1998, p. 04) e, por essa razão, uma das análises que ele realiza em sua Teoria Pura é a da norma jurídica, de onde advém o conceito de validade da norma.

A Teoria Pura do Direito está dividida em Estática Jurídica e Dinâmica Jurídica. A Estática Jurídica se refere ao Direito enquanto sistema de normas postas, de normas positivadas, ao passo que a Dinâmica Jurídica preocupa-se com o Direito em movimento, com a criação e revogação de normas. O seu entendimento sobre a validade e a democracia encontra-se na parte da Dinâmica Jurídica.

Kelsen inicia sua teoria esclarecendo que “com o termo ‘norma’ se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira” (1998, p. 04). Entretanto, o *dever ser* apenas será designado como norma quando o ato possuir o *dever ser* no sentido objetivo.

Todo ato de um indivíduo que age de tal maneira com a intenção de realizar aquele ato por ser devido possui um sentido subjetivo do *dever ser*. É o *dever ser* do indivíduo. Se estiver presente, além da perspectiva do indivíduo que realiza o ato, a perspectiva de um terceiro desinteressado que também enxerga esse ato como uma conduta obrigatória, esse ato possui o *dever ser* também no sentido

objetivo. *É o dever ser* para um terceiro.

No caso em que o *dever ser* ocorre em seu sentido objetivo, Kelsen diz que a norma é válida. A conduta do indivíduo prescrita por uma norma objetivamente válida significa que o indivíduo está obrigado a esta conduta. Se o *dever ser* apenas será designado como norma quando no sentido objetivo e apenas nessa forma será uma norma válida, isso significa que a validade da norma se dá com a sua existência, ou ainda, com a sua “vigência”:

Com a palavra “vigência” designamos a existência específica de uma norma. Quando descrevemos o sentido ou o significado de um ato normativo dizemos que, com o ato em questão, uma qualquer conduta humana é preceituada, ordenada, prescrita, exigida, proibida ou então consentida, permitida ou facultada. Se, como acima propusemos, empregarmos a palavra “dever ser” num sentido que abranja todas estas significações, podemos exprimir a vigência (validade) de uma norma dizendo que certa coisa deve ou não deve ser, deve ou não ser feita. (KELSEN, 1998, p. 07).

A norma ainda precisa de um mínimo de eficácia para ser válida. Para o autor, quando a norma deixa de ser eficaz, ou seja, quando ela nunca é aplicada e respeitada, e essa condição permanece, a norma jurídica não pode mais ser considerada válida. Isso significa que a existência da norma jurídica tem como condição a eficácia.

Ao passar para a parte de sua teoria que trata da Dinâmica Jurídica, Kelsen discorre sobre a validade da norma como sinônimo da existência específica da norma. A validade seria o modo como a norma se apresenta:

Por que é que uma norma vale, o que é que constitui o seu fundamento de validade? Dizer que uma norma que se refere à conduta de um indivíduo “vale” (é “vigente”), significa que ela é vinculativa, que o indivíduo se deve conduzir do modo prescrito pela norma. (KELSEN, 1998, p. 135).

O fundamento de validade a que ele se refere é extraído da norma fundamental (*Grundnorm*). Para que a norma seja objetivamente válida é necessário inicialmente que a “norma geral” seja válida. Kelsen entende que todos os ordenamentos jurídicos possuem uma norma a partir da qual todas as demais normas são produzidas.

A norma fundamental é figurativamente designada como norma superior e não está posta no sistema jurídico, como a Constituição assim está, mas pressuposta pelo pensamento jurídico. Trata-se de uma fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a um mesmo sistema de normas.

Quando se fala no sistema estático de normas, a conduta determinada pela norma é devida em função de seu conteúdo (quando a norma diz que não devemos fraudar, por exemplo). Dessa norma, é possível deduzir outras normas. E as normas devem ser deduzidas sempre de uma premissa maior, sendo que Kelsen (1998, p. 137) vai além e fala até mesmo em “estar em harmonia com o universo”.

No que concerne ao sistema dinâmico de normas, a norma pressuposta não estabelece o conteúdo de validade das normas, mas determina o seu fundamento de validade. E, conforme referido anteriormente, a validade da norma na Teoria Pura do Direito encontra-se na parte da Dinâmica Jurídica. Nesse contexto, a validade da norma apresenta uma concepção que é puramente formal:

O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental. (KELSEN, 1998, p. 138).

A norma fundamental limita-se a instituir a autoridade legisladora e a reger de que forma as

demais normas do sistema podem ser produzidas. Portanto, o conteúdo dessas normas não pode ser deduzido da norma fundamental. A norma pertence a um ordenamento porque é criada a partir de uma norma fundamental e porque sua forma é determinada por esta norma fundamental e não porque possui um conteúdo em conformidade com a norma fundamental. Esta não é a função da norma fundamental.

A Teoria Pura traz o sistema de normas como sendo essencialmente dinâmico, o que significa que uma norma não é válida e, por conseguinte, existente, porque seu conteúdo pode ser deduzido da norma fundamental através de um raciocínio lógico. A validade da norma se dá em razão do fundamento retirado da norma fundamental pressuposta, que possui caráter estritamente formal, eis que a norma fundamental tão somente indica como deve ocorrer a produção de uma norma.

Embora a Constituição não seja entendida como norma pressuposta, eis que seu processo de criação se deu a partir de uma norma fundamental, ela pode conter dispositivos que determinam os processos de criação de normas. Esses comandos indicam o órgão que pode emitir a norma, o direito ao voto e outras questões formais do processo legislativo em si (KELSEN, 1998, p. 139). Aqui se denota a extensão do caráter puramente formal da norma à democracia, pois também o processo democrático é realizado através de normas formais.

Os direitos fundamentais e os direitos de liberdade previstos nas Constituições são considerados direitos políticos para Kelsen. Entretanto, não obstante aqueles constituírem-se de proibições em face do Estado de anular ou limitar direitos, “não consistem no fato de se impor ao órgão legislativo o dever jurídico de não editar tais leis” (KELSEN, 1998, p. 99). Ou seja, exclui-se qualquer limitação material ao processo democrático.

Sobre a invalidade da norma, Kelsen afirma que ela pode ocorrer quando realizado um juízo de valor que contraria a norma jurídica. A conduta fática pode ou não corresponder à conduta prescrita na lei. Se corresponder, o juízo de valor é positivo; do contrário, o juízo de valor é negativo. Aqui o valor é equivalente ao *dever ser*: o valor está para a realidade como o *dever ser* para o *ser*. Exemplificando:

O juízo, segundo o qual é conforme ao Direito punir um ladrão com a pena de morte é falso quando, de conformidade com o Direito vigente, um ladrão deve ser punido com a privação da liberdade, mas não com a privação da vida. Pelo contrário, uma norma não é verdadeira ou falsa, mas apenas válida ou inválida. (KELSEN, 1998, p. 13).

Ao afirmar que a norma é inválida, o que se pretende dizer é que ela não existe como norma jurídica. O Direito vigente é o Direito existente, e, portanto, válido. O juízo de valor que não corresponde ao Direito vigente não existe no mundo jurídico e, por isso, é chamado de inválido. Dizer que as leis são válidas ou inválidas significa dizer que elas existem ou não existem.

Da mesma forma, ocorre com a lei que contraria a Constituição. Para Kelsen, essa situação é uma contradição, pois o fundamento de validade da lei está na Constituição:

De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica. (KELSEN, 1998, p. 188).

Uma lei apenas pode ser “inconstitucional” pelo fato de que será revogada, eis que contrária à Constituição. Enquanto não ocorrer a revogação, será considerada como válida e, na verdade, não poderia sequer ser considerada “inconstitucional”. Ao não considerar seu conteúdo para aferir a validade da norma, esta passa a ser válida apenas formalmente.

A Teoria Pura do Direito não admite decisões jurisdicionais “ilegais” e leis “anticonstitucionais”, pois não existe uma norma contrária às normas em geral. Para Kelsen (1998, p.186), isso seria uma contradição nos termos; a norma jurídica que não foi criada nos termos da norma fundamental não é uma norma jurídica válida, “seria nula, o que quer dizer que nem sequer seria uma norma jurídica”.

Por tudo o que foi exposto, não resta dúvidas de que a validade da norma jurídica para Kelsen é sinônimo de vigência ou da existência específica da norma. Por conseguinte, não é possível vislumbrar uma diferença entre os planos da existência e da validade, e, conseqüentemente, não há que se falar na possibilidade de uma norma jurídica ser materialmente inválida. Ainda, este caráter formal também é aplicado à democracia, eis que as normas referentes ao processo democrático são formais.

3 A VALIDADE DA NORMA NA TEORIA AVALORATIVA E A DEMOCRACIA CONFORME AS “REGRAS DO JOGO” DE NORBERTO BOBBIO

Norberto Bobbio, não obstante sua contribuição inovadora em relação à função da norma, reproduz em sua teoria a análise estrutural do Direito feita por Kelsen (BOBBIO, 2007, p. 209). Defende que no positivismo jurídico o Direito é considerado um conjunto de fatos e não uma ordem de valores. A partir dessa abordagem avaliativa, que desconsidera valores, surge uma teoria da validade do Direito pautada unicamente em sua estrutura formal e não em seu conteúdo (BOBBIO, 1995, p. 131).

Para o autor, o Direito é caracterizado pela avaliatividade, possuindo apenas juízos de fato e nenhum juízo de valor, o que significa que o operador do Direito apenas deve “tomar conhecimento da realidade”, não podendo “tomar uma posição frente à realidade”. Com o fim de demonstrar a inexistência de valoração no Direito, são determinados os conceitos de validade e de valor:

A validade de uma norma jurídica indica a qualidade de tal norma, segundo a qual existe na esfera do direito ou, em outros termos, existe como norma jurídica. Dizer que uma norma jurídica é válida significa dizer que tal norma faz parte de um ordenamento jurídico real, efetivamente existente numa dada sociedade. O valor de uma norma jurídica indica a qualidade de tal norma, pela qual esta é conforme o direito ideal (entendida como síntese de todos os valores fundamentais nos quais o direito deve se inspirar); dizer que uma norma jurídica é válida ou justa significa dizer que esta corresponde ao direito ideal. (BOBBIO, 1995, p. 136).

Portanto, o positivismo jurídico inclui em seu conceito de lei apenas a validade, como sendo a sua própria existência. O valor não é considerado parte integrante da norma jurídica. Essa teoria avaliativa acaba por excluir da ciência jurídica o direito como valor ou como *dever ser*, tratando o direito como um conjunto de fatos.

Ao reconhecer o Direito apenas como comandos emanados pelo soberano, isso resulta na conceituação de norma válida como sendo a norma criada “num determinado modo estabelecido pelo próprio ordenamento jurídico” (BOBBIO, 1995, p. 142). Na compreensão de validade da norma jurídica, não é feita referência ao seu conteúdo.

Bobbio entende em relação ao conteúdo da norma jurídica que o Direito pode disciplinar todas as condutas humanas possíveis, incorrendo no denominado formalismo jurídico. A concepção formal do Direito considera apenas a sua estrutura formal, *como* o direito se produz e não *o que* ele estabelece (BOBBIO, 1995, p. 145).

Outra questão importante é que a validade da norma jurídica estaria vinculada à definição das fontes do Direito, as quais correspondem aos fatos ou aos atos a partir dos quais surgem as normas jurídicas. A importância de determinar quais são as fontes do Direito é a de que disto depende o estabelecimento da pertinência das normas, em um determinado ordenamento jurídico (BOBBIO, 1995, p. 161).

Por conseguinte, para Bobbio, uma norma só é válida se for produzida a partir de um fato ou de um ato competente para produzir normas jurídicas; a norma jurídica apenas será válida se existir juridicamente. Logo, validade e existência confundem-se na sua teoria avaliativa, assim como ocorre na Teoria Pura do Direito.

No que se refere à democracia, Bobbio defende que ela deve seguir as “regras do jogo”. Com a

finalidade de demonstrar a relevância do respeito às normas e às instituições da democracia, ele acaba limitando a democracia a um conjunto de regras de procedimento para a formação das decisões políticas:

Já tive a oportunidade de dizer, e não me canso de repetir, que quem não se deu conta de que por sistema democrático entende-se hoje preliminarmente um conjunto de regras procedimentais, das quais a regra da maioria é a principal, mas não a única, não compreendeu nada e continua a não compreender nada a respeito da democracia. (BOBBIO, 1986, p. 65).

As “regras do jogo” são o que caracterizam um sistema democrático, especialmente se estas regras forem construídas ao longo do século e positivadas nas constituições. Trata-se de regras formais como aquelas acerca do sufrágio universal, da maioria e das eleições periódicas, por exemplo.

Os direitos “invioláveis” do indivíduo originados do Estado Liberal não seriam as regras do jogo, mas apenas “regras preliminares”, que acabam por realizar o “desenrolar” do jogo, pois devem ser garantidos àqueles que são chamados a decidir (BOBBIO, 1986, p. 20). Não fazem parte, portanto, das regras do processo democrático propriamente dito; apenas dão garantias aos sujeitos que participam desse processo e asseguram o correto funcionamento dos mecanismos procedimentais.

O autor entende que o regime democrático apenas funciona de uma forma correta se o modo de governar for o chamado pelos antigos de “governo das leis”, ou seja, o que hoje podemos traduzir como sendo o governo de leis fundamentais que informam como as leis devem ser elaboradas e não como os governados devem agir. A única forma que se teria de falar em democracia, em contraposição à autocracia, seria caracterizá-la como um conjunto de regras que estabeleçam quais indivíduos podem tomar as decisões coletivas e quais os procedimentos de tomadas dessas decisões.

A validade da norma jurídica indica que a norma faz parte do ordenamento jurídico, não ocorrendo uma divisão entre validade e existência da norma. Em relação à democracia, está caracterizada pelas “regras do jogo”, por regras de procedimento referentes à formação das decisões coletivas.

Consequentemente, conclui-se que a teoria da validade da norma e da democracia de Bobbio segue a mesma linha de pensamento de Kelsen, baseada em uma concepção puramente formal. Tanto a validade quanto a democracia possuem um conteúdo estritamente formal, sendo desprovidas de qualquer cunho material ou substancial.

4 A VALIDADE DA NORMA E A DEMOCRACIA SUBSTANCIAL NO CONSTITUCIONALISMO DE LUIGI FERRAJOLI

Após a Segunda Guerra Mundial, os ordenamentos jurídicos da Europa continental passaram a adotar constituições rígidas, de hierarquia superior à legislação infraconstitucional, trazendo em seu bojo um controle jurisdicional de constitucionalidade. Além disso, as constituições incorporaram os catálogos de direitos fundamentais e, a partir dessa mudança, constatou-se a criação de uma dimensão substancial na democracia, o que corresponde a uma dimensão substancial da validade das leis.

A validade das leis passa a ser condicionada à coerência do significado do ato normativo aos princípios estabelecidos pelas normas constitucionais, não sendo mais suficiente a concepção puramente formal da democracia, que tem como condição de validade da lei apenas sua adequação às formas e procedimentos relativos à sua produção.

Observando essas inovações, Luigi Ferrajoli denomina esse momento histórico como constitucionalismo, o qual é, na sua opinião, “a orientação que hoje prevalece na teoria e na filosofia do Direito” (FERRAJOLI, 2015, p. 11). Esse modelo teórico tem como uma de suas premissas a separação da existência e da validade das normas. Resumidamente, nesta teoria, constata-se que

enquanto a existência ou a vigência das normas continua a depender da sua forma de produção, cuja norma de reconhecimento continua sendo o velho princípio da legalidade for-

mal, a sua validade depende também da sua substância ou conteúdo, cuja norma de reconhecimento consiste no princípio de legalidade substancial, que a vincula à coerência com os princípios e os direitos constitucionalmente estabelecidos. (FERRAJOLI, 2015, p.20).

Dessa forma, é possível que a norma exista, pois em conformidade com as normas formais, e, ao mesmo tempo, seja inválida, porquanto em discordância com a Constituição. Cumpre consignar que, para o autor, a invalidade substancial não é uma característica exclusiva das constituições rígidas:

[...] es realmente cierto que el fenómeno de la invalidez sustancial no es propio únicamente de los ordenamientos jurídicos con constituciones rígidas. También en regímenes carentes de constitución o dotados de constituciones flexibles son obviamente inválidos, desde el punto de vista sustancial, los negocios, los pronunciamientos jurisprudenciales y administrativos, incluso los reglamentos, que tengan significados en contradicción con la ley (FERRAJOLI, 2015, p. 411).

Ferrajoli faz a seguinte classificação dos planos da norma: a) a existência ou vigência; b) a validade formal; c) a validade substancial, e d) a validade *tout court*. Primeiramente, para que a norma possua existência e validade formal, basta que sejam implementados os requisitos formais. Por outro lado, para que tenha validade substancial, deve existir uma coerência do ato normativo com as normas substanciais a ele supraordenadas. Por fim, para que contenha a validade *tout court*, o ato normativo deve ser estar provido de validade formal e de validade substancial (FERRAJOLI, 2015, p. 51).

Nessa linha de pensamento, é possível afirmar que um ato normativo pode ser considerado inexistente se não seguir os requisitos formais exigidos pelas normas que versam sobre sua formação. Em sendo existente, poderá ainda ser considerado inválido, caso não preenchidos outros requisitos, dentre os quais a coerência de seu significado com as normas que preveem a sua produção.

Em suma, para Ferrajoli, no constitucionalismo garantista existe uma divisão entre a existência e a validade da norma, sendo que as condições de validade são forma e substância. No que se refere ao sentido substancial, o Poder Legislativo está sujeito aos limites e vínculos substanciais da Constituição. “É direito válido tudo e somente aquilo produzido por intermédio do exercício dos poderes igualmente subordinados à lei, não apenas quanto às formas, mas também quanto aos conteúdos de seu exercício” (FERRAJOLI, 2015, p. 32).

Seguindo esse raciocínio, a democracia constitucional passa a englobar uma dimensão formal e uma dimensão substancial. A democracia constitucional firmou-se no pós-guerra a partir do constitucionalismo e constitui-se de “um sistema de limites e vínculos substanciais – o princípio da igualdade, a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais – às decisões de qualquer maioria” (FERRAJOLI, 2015, p. 46).

A dimensão formal da democracia nada mais é do que um método de formação das decisões políticas; se refere às regras do processo de tomada de decisões pelo povo, diretamente ou através de representantes eleitos. Ocorre que esta concepção puramente formal da democracia tornou-se insuficiente em face do rumo tomado pelas modernas democracias constitucionais, que tem como fundamento a limitação jurídica do processo democrático aos direitos fundamentais constitucionais.

O constitucionalismo originado da 2ª Guerra Mundial incluiu, portanto, uma dimensão substancial à democracia. As decisões políticas, além de se submeter às regras referentes ao processo democrático, agora também devem ser limitadas em relação ao seu conteúdo. A dimensão substancial impôs às decisões políticas o que Ferrajoli chama de “esfera do não decidível”, que se refere àquilo que não pode ser decidido pela maioria e àquilo que tampouco pode deixar de ser decidido pela maioria.

O que a maioria não pode decidir validamente, ou seja, o que é *indecidível*, é sobre a violação ou a restrição dos direitos de liberdade e de autonomia, enquanto o que a maioria não pode deixar de decidir, ou o *indecidível que não*, é a satisfação dos direitos sociais constitucionalmente estabelecidos.

Ferrajoli ainda consigna que o resultado da indevida produção de leis inválidas são as antinomias, ou seja, os conflitos de normas, e da indevida omissão relativamente à produção de leis devidas são as lacunas, as ausências de normas. As antinomias serão resolvidas com a anulação das normas indevidamente existentes e as lacunas serão preenchidas com uma intervenção legislativa para a criação das normas inexistentes:

Allí, en el caso de las antinomias y de las lagunas estructurales, en tanto consistentes en vicios, no hay, por el contrario, ninguna posibilidad de solución mediante la simple interpretación: se requiere, en efecto, en caso de antinomia, la anulación de la norma inválida y en caso de laguna, la introducción de la norma faltante; se requiere, en pocas palabras, una decisión que remueva el vicio. (FERRAJOLI, 2015, p. 411).

Conclui-se que o paradigma constitucional modificou as condições de validade da produção legislativa, que passaram a ser formais e também substanciais, e, com isso, alterou ainda o paradigma da democracia. Logo, o Direito informa quais são as condições de validade da norma e quando assim o faz, acaba por influir nas condições políticas.

A teoria do direito define o conceito de validade: “é válida qualquer norma produzida em determinado ordenamento em conformidade e em coerência com as normas formais e substanciais, quaisquer que sejam, sobre sua produção normativa” (FERRAJOLI, 2015, p. 47). Por outro lado, a teoria política da democracia informa quais seriam as formas e os conteúdos democráticos da decisão política, o que inclui as normas da produção normativa.

A partir do constitucionalismo, ao Estado legislativo de direito é acrescida uma dimensão substancial, além da dimensão formal, através de uma positivação em Constituições rígidas. Por conseguinte, surge a democracia constitucional, impondo aos poderes políticos a “esfera do não decidível” e a separação da existência e da validade das normas, permitindo que uma norma formalmente válida seja substancialmente inválida.

5 A CRÍTICA DE LUIGI FERRAJOLI À TEORIA DE Kelsen E DE BOBBIO DA VALIDADE E DA DEMOCRACIA

Com o intuito de defender o acréscimo da dimensão substancial à dimensão formal na validade da norma e na democracia, Ferrajoli faz uma crítica à concepção puramente formal de Kelsen e de Bobbio:

Kelsen, a quem também se deve a teorização da estrutura hierárquica do ordenamento e do controle de constitucionalidade das leis, e após ele Bobbio, identificaram a validade das normas com a sua existência, rejeitando a própria ideia da invalidade substancial das normas de lei em contraste com a Constituição. (FERRAJOLI, 2015, p. 49).

No plano jurídico, esta é a grande diferença entre a teoria de Luigi Ferrajoli e a de Hans Kelsen e Norberto Bobbio, porquanto estes dois últimos não distinguem a existência da validade da norma e consequentemente não admitem a existência de uma norma inválida. Esse pensamento resulta em uma concepção puramente formal, em que a existência de uma norma depende unicamente de requisitos formais, o que acarreta a ausência de uma análise quanto ao seu significado.

Kelsen e Bobbio identificam a validade com a existência. Não relacionam a forma do ato normativo à existência e o significado do ato normativo à validade. Tanto a existência quanto a validade estão condicionadas apenas aos requisitos de forma, não existindo uma invalidade material ou substancial. Os autores “estão unidos por uma concepção unidimensional da validade como “ser”, e não como “dever ser jurídico” do direito, não distinta da existência, a qual por sua vez é necessariamente determinada somente pelas formas da produção jurídica” (FERRAJOLI, 2015, p.54).

Ferrajoli entende que a teoria pura está baseada no paradigma legislativo do Estado de Direito, um

paradigma teórico, em que as normas existem pelo fato de serem produzidas e não deduzidas. Para o autor,

en el Estado legislativo de Derecho, caracterizado por un solo nivel legislativo y, por tanto, íntegramente nomodinámico, el legislador es omnipotente y está vinculado sólo a normas formales, en la democracia constitucional, dotada también de una dimensión nomoestática, el legislador está sometido no sólo a normas formales sino también a normas sustanciales, que puede violar por comisión o por omisión. (FERRAJOLI, 2015, p. 413).

Os referidos sistemas *nomodinâmicos* são caracterizados por Kelsen como sendo os sistemas em que a existência e a validade das normas baseiam-se na sua forma de produção e não em seu conteúdo. No constitucionalismo, o ordenamento é um sistema *nomodinâmico* quando a norma passa a existir; porém, adquire uma dimensão *nomoestática* quando a norma está em dissonância à Constituição, devendo ser removida do mundo jurídico.

Da mesma forma, Kelsen e Bobbio possuem uma concepção puramente formal da democracia:

Assim, pelo isomorfismo que sempre une teoria política e teoria do direito, a concepção deles igualmente formal e processual de democracia consiste em nada mais que o caráter democrático das formas das decisões políticas, ou seja, nas normas – as famosas “regras do jogo”, do sufrágio universal ao princípio da maioria e à separação dos poderes – que disciplinam o “quem” e o “como” da produção normativa. (FERRAJOLI, 2015, p. 54).

Para Kelsen, os direitos fundamentais e os direitos de liberdade são direitos políticos; entretanto, não podem vincular o processo legislativo, enquanto Bobbio entende que o processo democrático é ditado pelas “regras do jogo”, dentre as quais também não se incluem os direitos materiais.

Por fim, o paradigma do constitucionalismo garantista introduzido por Ferrajoli traz uma grande mudança, qual seja, a existência de um direito ilegítimo, a existência de normas inconstitucionais. Kelsen diz que sequer seria possível uma norma inconstitucional, pois enquanto existir, será considerada válida.

Por outro lado, a tese da avaliação da ciência jurídica de Bobbio não se coaduna com a existência de normas constitucionalmente inválidas. Para o autor, “um ordenamento jurídico não é necessariamente coerente, porque podem coexistir no âmbito do mesmo ordenamento duas normas incompatíveis e serem ambas válidas (a compatibilidade não é um critério de validade)” (BOBBIO, 1995, p. 237).

Denota-se, em verdade, que o constitucionalismo vem complementar o positivismo jurídico, no sentido de uma posituação não apenas do ser, mas do dever ser do Direito. A validade da norma não depende mais somente de uma condição referente à forma de produção, mas também de haver uma coerência de seu conteúdo em relação à Constituição. Isso significa que a democracia adquire uma dimensão substancial, ou seja, o legislador passa a estar vinculado também aos direitos materiais.

6 CONCLUSÃO

Com a apresentação da Teoria Pura de Hans Kelsen, sob o enfoque metodológico de responder o que é Direito a partir da análise da norma jurídica, foi possível determinar o conceito de validade da norma. Kelsen explica que a validade da norma encontra-se na parte da Dinâmica Jurídica de sua teoria e que se concretiza juntamente com a sua existência. A validade da norma tem como fundamento a norma fundamental pressuposta, de caráter estritamente formal, que indica apenas como deve ocorrer a produção da norma.

Foi possível, ainda, vislumbrar o caráter puramente formal aplicado à norma da mesma forma aplicado à democracia, uma vez que o processo democrático é realizado também através de normas formais; a Constituição contém dispositivos que determinam os processos de criação de normas.

Norberto Bobbio reproduziu a análise estrutural de Kelsen em sua teoria avaliativa, que des-

considera os valores, eis que o Direito é um conjunto de fatos e não uma ordem de valores. Assim, em seu conceito de lei, incluiu-se apenas a validade, considerando como norma jurídica válida a norma que faz parte de um ordenamento jurídico real; validade e existência confundem-se. Portanto, assim como Kelsen, Bobbio considera apenas a estrutura formal do Direito, *como* ele se produz.

No que concerne à democracia, segundo Bobbio, esta deve seguir as “regras do jogo”. No intuito de demonstrar a relevância do respeito às normas e às instituições da democracia, acaba limitando a democracia a um conjunto de regras de procedimento para a formação das decisões políticas.

Com o pós-guerra, as constituições rígidas e de hierarquia superior trouxeram o rol de direitos fundamentais e, com isso, uma dimensão substancial da validade das leis e da democracia. Nesse contexto, o constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli passa a considerar a separação da existência e da validade das normas, sendo que as condições de validade são além de forma, também substância.

Em o Direito informando quais são as condições de validade da norma, termina por influir nas condições políticas, e a democracia constitucional passa a englobar uma dimensão formal e uma dimensão substancial.

Com o fim de defender o acréscimo da dimensão substancial à dimensão formal na validade da norma e na democracia, Ferrajoli critica a concepção puramente formal de Bobbio e Kelsen. Por fim, o paradigma do constitucionalismo garantista introduzido por Ferrajoli traz uma grande inovação, qual seja, a existência de um direito ilegítimo, ou seja, a existência de normas inconstitucionais.

Como se pode perceber, a ciência do direito evoluiu de uma visão puramente formal e dedutiva do objeto normativo para uma constatação acerca do conteúdo das normas, o que influenciou tanto a análise estrutural da norma e seu comportamento no mundo jurídico, quanto a democracia.

A Segunda Guerra Mundial foi um marco na teoria do direito, alterando o consenso científico acerca da definição de validade das normas e do processo democrático. Foi criada a figura do direito ilegítimo e ampliado o alcance dos direitos garantidos na Constituição. Como consequência, essas mudanças ultrapassaram a esfera jurídica e atingiram a esfera política, trazendo um grande avanço para democracia.

Ferrajoli nitidamente é influenciado pelas teses normativas de Kelsen e de Bobbio; contudo, inova ao tratar de uma dimensão substancial e da existência de um direito ilegítimo. Isso não significa a superação da concepção puramente formal, mas o que pode ser entendido como uma complementação à Teoria Pura do Direito e à teoria avaliativa. Dessa forma, conclui-se que um estudo sistemático de todas as teorias referidas possibilita a compreensão das mudanças no pós-guerra e as diretrizes que se aplicaram às constantes mutações das constituições modernas.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Baccaria Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto; METAUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade* – uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid; Trotta, 2005.

COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Tradução de Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razon: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Ibáñez et al. Madrid: Ed. Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. “*Principia Iuris*”: uma discussão teórica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 31, pp. 393-434, 2008. Tradução de Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

GIANFORMAGGIO, Letizia (org.) *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PASOLD, Luiz Cesar. *Prática da Pesquisa Jurídica*. 4. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2000.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Trotta, 1997.

SARLET, Ingo. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SERRANO, José Luis. *Validez y Vigencia – La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Trotta, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

Recebido em: 02/02/2017

Aprovado em: 20/10/2017

Como citar este artigo (ABNT):

MALVASIO, Daniela Ruschel. A validade da norma jurídica e a democracia para Kelsen, Bobbio e Ferrajoli: uma crítica à concepção puramente formal. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.33, p.145-155, set./dez. 2017. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/03/DIR33-09.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.